



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.711 - SP (2011/0211885-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ROSELY GALVÃO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAGNO DE OLIVEIRA TEÓFILO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. A existência de maus antecedentes em desfavor do paciente caracteriza falta de preenchimento de um dos requisitos para a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, justificando o afastamento da referida benesse.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, independente da quantidade da sanção firmada.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Não preenchido o requisito objetivo para a concessão da permuta, já que a pena definitivamente estabelecida é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado no tocante à negativa de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2012. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.711 - SP (2011/0211885-5)

IMPETRANTE : ROSELY GALVÃO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAGNO DE OLIVEIRA TEÓFILO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de MAGNO DE OLIVEIRA TEÓFILO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n.º 0020286-96.2010.8.26.0309, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à sanção de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a negativa de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas teria sido pautada na quantidade de droga, aduzindo que tal requisito não serviria como critério para dosar o referido redutor em razão da ausência de previsão na legislação.

Argumenta que não haveria lógica em reconhecer o menor desvalor da conduta do traficante ocasional e, posteriormente, ignorá-la no estabelecimento do regime prisional e na aplicação da sanção alternativa, defendendo que posicionamento contrário violaria os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Alega que o sentenciado faria jus ao modo de execução aberto e à substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 33, § 3º e art. 44, ambos do Código Penal.

Requeru, liminarmente, a expedição do competente alvará de soltura em favor do paciente, e, no mérito, pugna pela fixação do regime aberto, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como pela aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.711 - SP (2011/0211885-5)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo consta da denúncia, no dia 16-6-2010, foi flagrado, trazendo consigo, para fins de comércio ilícito, *"15 (quinze) invólucros plásticos contendo pedras de 'crack' (2,2 g - dois gramas e dois decigramas), bem como 10 (dez) tubetes de cocaína (4,2 g - quatro gramas e dois decigramas)"* (fls. 10).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente do afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, pelas instâncias ordinárias, verifica-se que juiz sentenciante entendeu inviável o reconhecimento da benesse, considerando que: *"o réu já foi condenado por crime da mesma espécie"* (fls. 20).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve o afastamento da minorante sob os seguintes fundamentos:

A redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não pode incidir, considerada a quantidade do entorpecente apreendido, em atenção ao disposto no artigo 42 do mesmo texto de lei que deve ser interpretado em conjunto. (fls. 61)

Com efeito, dispõe o § 4º do art. 33 da mencionada lei federal, *verbis*:

"§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que as instâncias ordinárias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastaram a incidência da benesse em comento em razão da existência de maus antecedentes em desfavor do paciente, tendo sido consignado pelo juiz sentenciante que *"o réu já foi condenado por crime da mesma espécie"* (fls. 20).

Com efeito, da leitura da folha de antecedentes (fls. 95/100), juntada pelo Tribunal *a quo* na ocasião em que prestou informações, evidencia-se a existência de condenação anterior em desfavor do agente, proferida em 21-11-2001, no Processo Criminal nº 1133/2001, por violação ao art. 16 da Lei 6.368/76 (fls. 97).

Desta forma, não se pode dizer que Corte de origem incidiu em constrangimento ilegal ao manter a negativa de aplicação do benefício, pois embora tenha justificado a não concessão em razão da quantidade de entorpecente encontrada em poder do paciente, realmente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista a existência de ação penal em que foi denunciado por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76 e condenado por ofensa ao art. 16 da citada lei, anteriormente à prática do delito *sub examine*.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MAUS ANTECEDENTES IMPEDEM A INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A falta de delimitação da controvérsia atrai o verbatim sumular n.º 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. A legislação preconiza que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa para ser beneficiado com o art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, o que não é a hipótese dos autos.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1378667/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011)

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado infere-se que o Tribunal *a quo* manteve o modo mais gravoso considerando que: *"O regime prisional inicial fechado decorre de imposição legal"* (fls. 61).

Verifica-se que, não obstante a sanção do paciente tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restou condenado **ocorreu no dia 16-6-2010** (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10), após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007, que entrou em vigor no dia 29-3-2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.

Nesse sentido, o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). PENA: 2 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 275 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (1 BUCHA DE MACONHA E 11 PEDRAS DE CRACK). DELITO COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07 (13.08.2008). INADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. [...].

1. Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (11 pedras de crack e 1 bucha de maconha) justificam a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

2. Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

[...]

10. Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. (HC n.º 187.962/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22-2-2011, DJe 21-3-2011)

Ainda, o seguinte precedente da Suprema Corte:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO.

1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal - seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado.

2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante.

3. Ordem denegada. (HC n.º 103.011/RN, Segunda Turma, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. Ellen Gracie, julgado em 24-8-2010, DJe 10-9-2010)

Assim, ausente constrangimento ilegal a ser sanado neste ponto.

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, igualmente não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena do paciente foi estabelecida definitivamente em quantidade superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0211885-5

HC 217.711 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 202869620108260309 3090120100202863 8022010

EM MESA

JULGADO: 02/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROSELY GALVÃO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAGNO DE OLIVEIRA TEÓFILO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.